



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin De Grado Derecho

La aplicación de la teoría del daño emergente y lucro cesante en el Derecho Civil.

Autor/es

Paula González Martínez

Director/es

José Antonio Serrano García

Facultad de derecho de Zaragoza

Año 2025

ÍNDICE

LISTADO ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
1. Cuestión tratada en el trabajo y objetivo	3
2. Metodología	3
3. Elección del tema y justificación de su interés.....	4
I. MARCO TEÓRICO.....	5
1. Concepto de daño emergente y de lucro cesante.....	5
2. Fundamento jurídico de la indemnización	6
2.1. Fundamento.....	6
2.2 Tipos de reparación	8
3. Daño indemnizable.....	9
4. Daño patrimonial y no patrimonial	11
5. Distinción ámbito contractual y extracontractual.....	12
II. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE.....	14
1. Distinción	14
2. Casos en los que se aplican conjuntamente y separadamente	15
III. TEORÍA DEL DAÑO EMERGENTE	17
1. Criterios para la determinación del daño emergente	17
2. Valoración	18
3. Ejemplo	19
IV. TEORÍA DEL LUCRO CESANTE	21
1. Criterios para la determinación del lucro cesante	21
2. Valoración	23
3. Ejemplo	24
V. ESTUDIO DE LA STS N° 569/2013	26
5.1. Determinación	26
5.2. Ámbito.....	27
5.3. Requisitos.....	28
5.4. Cálculo	29
5.5. Conclusión.....	29
CONCLUSIÓN.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	32

LISTADO ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil
- **LEC:** Ley Enjuiciamiento Civil
- **RAE:** Real Academia Española
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TS:** Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada en el trabajo y objetivo

El Derecho Civil es aquella vertiente de la ciencia jurídica que se encarga de regular cuestiones que afectan a la persona privada, desde su nacimiento y relaciones familiares, hasta su fallecimiento y sucesión, incluyendo aspectos como el régimen del patrimonio, de las obligaciones y contratos, y de la responsabilidad civil.

El presente trabajo tiene como objetivo alcanzar algunos de estos puntos, concretamente detallar la teoría del daño emergente y el lucro cesante que se encuadra dentro de la responsabilidad civil, su conceptualización dentro del derecho de daños y su aplicación en el ámbito jurídico.

Se trata de abordar la conceptualización de ambos tipos de daño: el daño emergente entendido como la pérdida económica efectivamente sufrida, y el lucro cesante que se refiere a la ganancia que se deja de obtener por el daño sufrido. Ambos dan lugar, cuando procede, a la indemnización de perjuicios ocasionados. Asimismo se diferenciará el tratamiento de estas teorías en el ámbito tanto contractual como extracontractual, dependiendo del origen de la obligación objeto de resarcimiento.

Igualmente es necesario analizar los requisitos esenciales para su reclamación y los métodos de cuantificación. Para ello, uno de los puntos fundamentales en este trabajo es la jurisprudencia para entender resoluciones que han marcado criterios sobre admisibilidad y cuantificación de daños.

2. Metodología

Las figuras principales de este trabajo son los conceptos del lucro cesante y del daño emergente en el contexto de la indemnización por daños en el ámbito civil. Serán la base de este trabajo y sobre ellas se detallarán los aspectos fundamentales hasta llegar a la determinación económica del daño producido.

Para ello, se ha partido de la redacción del propio artículo 1106 Código Civil, donde encuentran su fundamento jurídico. A continuación, un estudio de cada una de sus notas características, apoyadas en fuentes jurisprudenciales, doctrinales y bibliográficas, entre las que destacan manuales de Derecho Civil (como *Lecciones de Derecho Civil:*

Obligaciones y contratos de M^a del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano), tesis doctorales (como *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual* de Maita María Naveira Zarra) y artículos de revistas (como la revista CEF legal).

Por último, para completar el análisis, se han comentado sentencias con el objeto de mostrar supuestos reales prácticos, que han sido encontradas, en su gran mayoría, gracias a la biblioteca del Real Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, y de la Biblioteca de Zaragoza, siendo el fin primordial, mostrar una imagen completa y detallada de la aplicación de la teoría del daño emergente y el lucro cesante.

3. Elección del tema y justificación de su interés.

La elección del presente tema, responde a la habitualidad con la que se suscita la responsabilidad patrimonial en el ámbito del Derecho Civil, además de su proyección en otras ramas del derecho, siendo normalmente la más común el derecho penal. La distinción entre daño emergente y lucro cesante es una idea fundamental para investigar sobre la reparación íntegra del daño sufrido a consecuencia de una acción contraria al derecho. La correcta teorización, así como la cuantificación, sirve para adecuar la resolución de los conflictos judiciales relacionados con daños y adaptarla a su fallo más justo final. Este estudio permite entender conceptos claves del derecho de daños dentro del derecho civil con el principio de reparación integral, la carga de la prueba o la evaluación del daño. Por lo tanto el estudio de esta materia pretende dar claridad a una parte del derecho civil con gran actividad práctica.

I. MARCO TEÓRICO

1. Concepto de daño emergente y de lucro cesante

FAYOS GARDÓ establece como elemento constitutivo de la responsabilidad civil el daño; existe la obligación de reparar porque existe un daño hacia un perjudicado, ya sea una lesión material o moral. Establece que “el principio general de nuestro sistema de daños de atribución de responsabilidad es el criterio de culpa o responsabilidad subjetiva”. Los daños indemnizables incluyen los elementos que se recogen en el artículo 1106 del Código Civil (CC en adelante).¹

En primer lugar, ambos conceptos se encuentran recogidos en el artículo 1106 del CC cuando establece que “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante)”. En términos más específicos, según la Real Academia de la lengua Española (en adelante RAE), **daño emergente** es el “valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados”.² Así, lo podemos entender como el daño real y verificable que la persona recibe como consecuencia de un acto o situación específica³. Se derivará de ello el perjuicio económico correspondiente al valor dañado del bien.

En los mismos términos que el daño emergente, **el lucro cesante**, se recoge en el artículo 1106 del CC, y según la RAE es la “ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación [...]”.⁴ Dicho de otro modo, el daño ocasionado se traduce en la ganancia frustrada que se ha dejado de obtener en el patrimonio del perjudicado.⁵ Tiene profundo interés doctrinal⁶, como establece VICENTE DOMINGO “el lucro cesante tiene un protagonismo doctrinal creciente en los últimos tiempos lo cual es una muestra de que sigue siendo objeto de discusión y

¹FAYOS GARDÓ, A., *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 84

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “daño emergente”. Accesible en web: <https://dpej.rae.es/lema/da%C3%B1o-emergente>

³ LAGARES ABOGADOS, “Lucro cesante y daño emergente según el Código Civil”, 2022. Accesible en web: <https://lagares-abogados.com/lagares-actualidad/lucro-cesante-y-dano-emergente-segun-el-codigo-civil/>

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “lucro cesante”. Accesible en web: <https://dpej.rae.es/lema/lucro-cesante>

⁵ LAGARES ABOGADOS, “Lucro cesante y daño emergente según el Código Civil”, 2022. Accesible en web: <https://lagares-abogados.com/lagares-actualidad/lucro-cesante-y-dano-emergente-segun-el-codigo-civil/>

⁶ VICENTE DOMINGO E., *El lucro cesante*, Reus, Burgos, 2014, pp. 7-8.

sigue, por ello, necesitando de análisis y estudio para avanzar hacia soluciones más satisfactorias, tanto en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual como en el de la contractual [...], que se ha sofisticado y que tiene muchos matices, lo que en ocasiones, complica su correcto encaje bien en la categoría del lucro cesante o bien en la del daño emergente”. Sigue generando discusión en lo que se refiere a alcanzar una solución más satisfactoria debido a su concepción como daño potencial y no real.

Ahora bien, hay que distinguir el lucro obtenido por el acreedor cuando el deudor cumple las obligaciones derivadas del contrato, del lucro cesante en caso de incumplimiento contractual. MORALES MORENO explica la importante distinción cuando establece que “aunque las posibilidades de cada acreedor de obtener ganancias a partir del correcto cumplimiento del contrato sean amplias y diversas, no todas dan lugar a lucros cesantes indemnizables. El contrato es un instrumento jurídico dirigido a la obtención de beneficios económicos. La obtención de un lucro corresponde a la propia esencia del contrato, pero siempre y cuando provenga de un cumplimiento”⁷. Por lo tanto, lucro se consigue a menudo porque suele ser uno de los fines del contrato; pensemos en la retribución por la distribución de productos en un contrato de distribución. El lucro indemnizable surge como consecuencia del incumplimiento del contrato, como puede ser la falta de preaviso de resolución del contrato en un contrato de distribución porque durante ese tiempo se dejan de obtener ganancias.

2. Fundamento jurídico de la indemnización

2.1. Fundamento

El fundamento jurídico de la aplicación de ambas teorías se encuentra esencialmente descrito en la jurisprudencia. En el sentido expuesto, se manifiesta la sentencia 247/2015, de 5 de mayo, cuando declara que el propósito fundamental del resarcimiento **es restaurar el equilibrio patrimonial** del perjudicado, devolviéndolo a la situación en que se encontraría si no se hubiera producido el incumplimiento contractual o acto ilícito que originó el daño. Continúa estableciendo que el objetivo de la indemnización no es enriquecer al afectado de forma indebida, sino simplemente reparar el perjuicio de manera justa. Es decir, la compensación debe cubrir las pérdidas efectivamente sufridas y los beneficios dejados de obtener, pero sin exceder los límites,

⁷ MORALES MORENO A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, pp. 23-24.

evitando así que el resarcimiento se convierta en una ventaja económica injustificada para el reclamante. Por ello, recuerda que existen límites claros al derecho de daños para asegurar que la indemnización sea ajustada a la magnitud real del daño, extendiéndose sólo hasta el estado original sin distorsionar el propósito mismo de la compensación. Se trata de reparar integralmente la cosa con sus frutos.

La Sentencia del Tribunal supremo (en adelante STS) de 28 de abril de 1992⁸ establece igualmente jurisprudencia relevante al respecto cuando establece que, una vez demostrado el daño en el proceso, se repara al afectado al estado económico que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Esto implica que la reparación no debe limitarse al momento en que se presenta la demanda, sino que debe extenderse hasta que desaparezca completamente la causa que originó el perjuicio. Mientras exista la situación que afecta al patrimonio del reclamante, el derecho a ser plenamente indemnizado se mantiene vigente.⁹

Su justificación, además, la encontramos tanto en el ámbito contractual como extracontractual, como bien explican distintos autores, entre ellos Pedro José López Mas al relacionar la indemnización contractual con el incumplimiento, y el extracontractual por la comisión de un ilícito civil.¹⁰ POZUELO PÉREZ introduce un concepto importante para el derecho de daños como es la responsabilidad civil aquiliana cuando establece que “la producción de un daño en bienes ajenos genera la obligación de reparar el perjuicio originado, como consecuencia de la responsabilidad civil que se ha derivado de tal daño [...].La responsabilidad civil aquiliana, como institución básica

⁸ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 416/1992 de 28 de abril de 1992 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1992:3467]: “acreditado en autos el daño causado, ese principio de indemnidad que rige esta materia, exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el daño, sin que pueda limitarse el resarcimiento al tiempo de la presentación de la demanda pues subsistiendo la causa productora del daño hasta tanto no se restablezca la configuración del terreno a su estado anterior, es claro que continúa la lesión al patrimonio del actor recurrente que, por ello, debe ser resarcido totalmente”.

⁹ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 416/1992 de 28 de abril de 1992 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1992:3467]: “En efecto, por un lado, la resarcibilidad de los daños y perjuicios se justifica en el incumplimiento, en el cumplimiento defectuoso, así como en el cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual, quedando el deudor sujeto a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Por otro lado, ya en sede extracontractual, la comisión de un ilícito civil, es decir, de un daño aquiliano, permite exigir su resarcimiento en tanto que infringido el principio general non laedere alterum, también conocido como neminem laedere, que protege a toda persona del eventual sufrimiento de un daño injusto”.

¹⁰ LÓPEZ MAS, P. J., *El lucro cesante: Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 173-174: “[...] sin que pueda limitarse el resarcimiento al tiempo de la presentación de la demanda [...] es claro que continúa la lesión al patrimonio del actor recurrente que, por ello, debe ser resarcido totalmente.”

del ordenamiento jurídico, se refiere a toda injerencia dañosa en el ámbito personal o patrimonial no derivada de una relación contractual”¹¹. En términos semejantes PENA LÓPEZ establece que “el problema que tiene que solucionar esta institución de la responsabilidad civil es un problema de reparto o distribución de daños entre el causante y su víctima; de tal modo que podríamos decir que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el propósito no es otro que el de la administración social del daño. En el supuesto de que se entienda que debe de soportarlos la víctima, el Derecho no ha reaccionado frente al daño, porque, desde su perspectiva, no hay nadie que tenga que responder por él [...]. Por el contrario, cuando el ordenamiento considera que no debe soportarlos la víctima, imputa los daños a su autor, naciendo a su cargo la obligación o responsabilidad de reparar el daño causado”¹².

2.2 Tipos de reparación

Otro tema que atañe aquí, es que, además de la reparación por equivalente, también es posible otra forma que es la reparación in natura. NAVEIRA ZARRA bien dice que “la reparación es considerada como la consecuencia de la responsabilidad civil. En nuestro Ordenamiento jurídico, tan sólo los artículos 1106 y siguientes del CC, ubicados en el Libro Cuarto («De las obligaciones y contratos») y reguladores, por tanto, de la responsabilidad civil contractual contienen algunas normas [...]. Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente puesto que, además de ser muy escasa, se refiere únicamente a una de las dos formas posibles de proceder a la reparación de los perjuicios, pues contempla sólo la reparación por equivalente, dejando totalmente al margen la reparación en forma específica o in natura”¹³. Continúa diciendo que la reparación por **equivalente** consistiría en la entrega de una cantidad dineraria que, en caso de perjuicios patrimoniales será equivalente al daño sufrido, y en caso de extrapatrimoniales tiene que ser de una magnitud suficiente para compensar el daño. De otro lado, la reparación in **natura** consiste en restaurar el estado anterior arreglando o sustituyendo el objeto dañado. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN aclaran que “la reparación del daño puede revestir la forma de restauración in natura o indemnización por

¹¹ POZUELO PÉREZ L., “La reparación del daño al medio ambiente”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 191, 2002, pp. 133 y ss.

¹² PENA LÓPEZ J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 3-4, 2004, pp.174.

¹³ NAVEIRA ZARRA M.M., *El Resarcimiento Del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, A Coruña, 2004. [Tesis doctoral, Universidade da Coruña].

equivalente, siendo esta última la regla general en los daños patrimoniales, incluidos el daño emergente y el lucro cesante”¹⁴. Por lo tanto, la regla general en el objeto de las teorías del trabajo será la reparación por equivalente.

3. Daño indemnizable

La obligación de indemnizar nace del artículo 1101 CC cuando establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. Este precepto sienta las bases generales de la responsabilidad de daños, de modo que quien incumple una obligación debe resarcir al acreedor por los daños y perjuicios causados. Con ello, los presupuestos de la indemnización son¹⁵:

- En primer lugar que exista incumplimiento del deudor, ya sea total o parcial, lo que puede consistir tanto en la inejecución absoluta como en el cumplimiento tardío o incorrecto del deber pactado.
- En segundo lugar que se hayan producido daños o perjuicios, en donde se incluye el artículo 1106 CC
- En tercer lugar que sea subjetivamente imputable al deudor, por dolo, culpa o negligencia. Aunque existen casos de responsabilidad objetiva (aquellos en los que una persona está obligada a indemnizar los daños causados aunque no haya actuado con dolo como la responsabilidad extracontractual en actividades peligrosas), la regla general es la culpabilidad. En el momento de la prueba, la carga recae como regla general en el perjudicado para reclamar el daño causado, pero en la responsabilidad objetiva se invierte, como veremos más adelante.

¹⁴ DIEZ-PICAZO L., y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, Tecnos, 2018, pp. 250.

¹⁵ La Ley, “Indemnización de daños y perjuicios (Derecho civil)”. Accesible en web: https://guíasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PMW7DMAx8TbUUKJx0yqDFdocMLYpWCLLSEusIdchUpNzo95HjcOHd4Xgk_zKm4vCqNsBTbpqfDcvzmRNMKEYKMZ WzdSmjURjENga8Zph69na74Dijg6HqnAKmtlQkJ_7_gDmOoJGphbTOxxDs27FZarPdve7MjEmqwR7iiKRoQCRKx6SJP331Dsy_ru9W3ZUL2ndUWokX0IjLLoTkt59QyZ6ij_wCcrk-5Dar1vxB6fvOjZ9q70Gxq-9ReFx2A2iPPPoDAQAAWKE

Una vez determinado el fundamento de la obligación de resarcir un daño, y sus presupuestos, es necesario hablar de interés contractual positivo y negativo para delimitar el alcance del resarcimiento:

- El primero busca colocar al acreedor en la situación en la que estaría de haberse cumplido la obligación. Ejemplo de ello es el caso de que un cliente contrate la colocación de un toldo en un plazo determinado, habiéndose adquirido otros productos para la inauguración del sitio. Si el encargado de colocarla no lo hace, el cliente debe llamar a otro trabajador para que lo haga. Por tanto, el interés contractual sería el dinero pagado al otro constructor, y cualquier otro daño derivado del incumplimiento como la no inauguración.
- El segundo en la situación en la que no se hubiera celebrado el contrato. Este tipo de indemnización es habitual en supuestos de nulidad del contrato. Ejemplo sería si se rescinde un contrato por incumplimiento, el acreedor podría reclamar los gastos incurridos en la preparación del contrato, así como la pérdida de otras oportunidades comerciales.¹⁶

También resulta necesario destacar dos especialidades en cuanto al daño resarcible. En primer lugar el daño moral, que considera el Tribunal Supremo como indemnizable y que, además, no deriva solo de la lesión de bienes de naturaleza extrapatrimonial, sino también de la lesión de intereses de naturaleza patrimonial (Sentencia de 31 de mayo de 2000). Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa al ser iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual y su posterior ampliación al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia. Su fundamentación clásica radicaba en los ataques a los derechos de la personalidad, pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio que establece que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La segunda especialidad resulta, como bien expone GÁZQUEZ SERRANO, de las “pérdidas de oportunidad”, es decir, aquellas situaciones profesionales que causan un daño y que son objeto de indemnización cuando hay una cierta posibilidad de que tal actuación habiéndose ejecutado de forma diligente, podría haber evitado un daño. Pensemos un

¹⁶ SERRANO GARCÍA, J.A., y BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de derecho civil: Obligaciones y contratos*, Kronos, Zaragoza, 2024, pp. 109.

abogado que no presenta el documento en plazo para provocar la pérdida del caso a propósito con mala fe.¹⁷

4. Daño patrimonial y no patrimonial

Atendiendo al sentido teórico, serán daños **patrimoniales** aquéllos que afecten a intereses que se encuentran en el patrimonio de un titular (siendo el valor del bien cuantificable según criterios de valor material), mientras que los **daños no patrimoniales o extrapatrimoniales** serán, por oposición, los que recaigan sobre intereses inmateriales del sujeto (se concretará en la utilidad o beneficio económico que un determinado bien represente para el individuo).

Volviendo a NAVEIRA ZARRA, por lo que se refiere a la clasificación de los daños que dan lugar a responsabilidad civil, la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales es la que ha alcanzado mayor relevancia ya que guarda relación con la trascendencia práctica. Así, la calificación uno u otro ámbito va a depender del recurso a una o a otra forma de reparación vista anteriormente. La reparación in natura se aplica primordialmente en los daños patrimoniales, resultando menos adecuada en los inmateriales ya que estos últimos afectan por lo general a intereses o derechos pertenecientes a la persona y por tanto suelen resultar irreparables. Por su parte, a la reparación por equivalente se acudirá también en los daños patrimoniales, pero también en los extrapatrimoniales que fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial y, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración.

Con todo, cabría pensar que el daño patrimonial afecta a un bien que tiene valor económico y forma parte del patrimonio de una persona, mientras que el daño extrapatrimonial, se referiría a la lesión de un bien no vinculable a un término económico. Sin embargo, aunque un bien patrimonial satisface de ordinario un interés económico, no es siempre así ya que un mismo bien patrimonial puede tener ambos intereses perjudicados, siendo el caso de un robo en un almacén de una persona que

¹⁷ GÁZQUEZ SERRANO L., “El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿nuevos daños? análisis jurisprudencia”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, nº 46, 2017, pp. 215 y ss.

guarda recuerdos valiosos tanto económica como sentimentalmente por su paso en el tiempo.¹⁸

En los últimos tiempos se ha observado un desplazamiento en el ámbito del derecho de daños que, de estar enfocado fundamentalmente en las consecuencias patrimoniales, irá dirigiendo cabida al daño extrapatrimonial. OSCAR ROSSI analiza esta evolución en atención a relaciones de consumo ya que un daño puede tener una consecuencia con repercusión patrimonial (pensemos en gastos médicos) o sin repercusión patrimonial (así dolor por la lesión).¹⁹

5. Distinción ámbito contractual y extracontractual

Otra distinción que debemos hacer en este contexto es la presente ya que el daño puede ser con ocasión de un incumplimiento contractual o simplemente dañando un interés protegido por la ley. El artículo 1089 CC determina que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia". En base a ello, un daño **contractual** es una vulneración de una obligación exigida mediante un contrato y su fundamentación jurídica se encuentra en el artículo 1101 CC, que establece que, "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". Pongamos de ejemplo la entrega de unas mercancías que han sido dañadas durante el proceso, que han perdido tanto el valor material originario como la ganancia que obtendrían por ellas.

De otro lado, un daño **extracontractual** presupone la generación de un daño, independientemente de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. Este último encuentra su base legal en el artículo 1902 CC, cuando establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a

¹⁸ NAVEIRA ZARRA, M. M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, A Coruña, 2004. [Tesis doctoral, Universidade da Coruña].

¹⁹ OSCAR ROSSI J., "Daño extrapatrimonial individual y colectivo en los procesos de consumo", *Revista UCALP*, n° 8, 2023. Recuperado a partir de <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/article/view/304>

reparar el daño causado”. Sirva como ejemplo un accidente en la calle en la que un coche atropella a un ciclista.²⁰

La jurisprudencia y la doctrina resultan fundamentales en este aspecto ya que, en nuestro ordenamiento jurídico existe una ausencia de principios generales que guían la indemnización por daños y perjuicios que permitiría interpretar que el concepto de reparación (en el que se manifiesta la responsabilidad del causante del daño) abarcaría tanto los daños derivados de relaciones contractuales como los de tipo extracontractual. La doctrina, como la que se encuentra en la obra de RODRIGUEZ GUITÁN, viene también analizando si esa indeterminación de principios contempla la posibilidad de indemnizar el daño moral en ambos ámbitos ya que es un artículo aparentemente material del daño contractual en el que, en principio, no cabría el daño moral, o al menos desde luego podríamos encontrar argumentos en contra. La indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido lesionado, concebido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales. No resulta sorprendente, por tanto, que se haya sostenido que la posibilidad de resarcir un daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad contractual requeriría una revisión profunda del concepto mismo del artículo para armonizar la prestación contractual con la naturaleza esencialmente no económica del daño moral. La concepción clásica es por tanto aquella que sostiene que si la obligación se basa en una prestación de carácter patrimonial, entonces su incumplimiento sólo debería generar daños patrimoniales, y lo que no encaje en este silogismo queda fuera de la norma (argumento a contrario). Sin embargo, se ha superado esta concepción clásica ya que esta postura no está exenta de críticas. Aunque la prestación sea patrimonial, no impide que el interés del acreedor pueda ser moral, por lo tanto es importante distinguir el contenido de la prestación (que puede ser patrimonial o no patrimonial) y los intereses del afectado (que igualmente pueden ser patrimoniales o no patrimoniales).²¹

²⁰ Iberley, “Responsabilidad contractual y extracontractual”, 2020. Accesible en web: <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139>

²¹ RODRIGUEZ GUITÁN A. M., *La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual*, Dykinson, 2007, pp. 243

II. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

1. Distinción

Se debe hacer un análisis comparado entre ambas figuras porque son categorías distintas de perjuicios indemnizables que, juntas, permiten calcular la totalidad del daño sufrido. Evita duplicidades o lagunas ya que compararlos permite no indemnizar dos veces por lo mismo, pero también no dejar sin cubrir algún aspecto del perjuicio.

Así, la primera distinción radica en la verificación empírica del daño sufrido en el daño emergente constituyendo la indemnización el coste de reparación; mientras que el lucro cesante es una ganancia dejada de percibir pero que aún no constituía parte del patrimonio del perjudicado.

Relacionado con ello, la segunda distinción se establece en el daño real y directo del daño emergente, mientras que el lucro cesante es una presunción de cómo sería la ganancia obtenida de no haberse producido el hecho dañoso, es decir, un daño potencial.

En tercer lugar, debido a que es un daño potencial y no real, en materia probatoria resulta más complicado demostrar el lucro cesante, en base a lo cual se ha creado diversa doctrina.²² Cito como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1993²³ cuando establece que el concepto de lucro cesante presenta varias dificultades en cuanto a su determinación y los límites que lo rodean, ya que está lleno de vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos abstractos. Para resolver estos problemas, continúa diciendo, no basta con demostrar que existía la posibilidad de generar esa ganancia, sino que debe haber una probabilidad objetiva derivada del curso normal de los hechos en el caso en cuestión. Nuestra jurisprudencia, se orienta a un enfoque restrictivo al estimar el lucro cesante ya que debe ser probado rigurosamente

²² LAGARES ABOGADOS, “Lucro cesante y daño emergente según el Código Civil”, 2022. Accesible en web: <https://lagares-abogados.com/lagares-actualidad/lucro-cesante-y-dano-emergente-segun-el-codigo-civil/>

²³ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 17968/1993 de 30 de noviembre de 1993 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1993:17968]: “reiterada doctrina de esta Sala en este punto, a cuyo tenor “el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades partí su determinación y límites, para participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante”.

sin que las ganancias dejadas de obtener se presenten como dudosas. En apartados posteriores, se analizarán los concretos criterios para determinar el lucro cesante.

2. Casos en los que se aplican conjuntamente y separadamente

Es más práctico ejemplificar este apartado mediante sentencias que han considerado la existencia de sólo uno o de ambos tipos de daños.

En la STS 589/2007, de 31 de Mayo de 2007²⁴, relacionada con la depreciación del valor de una vivienda debido a defectos constructivos, el Tribunal Supremo (en adelante TS) consideró que tal pérdida constituye sólo daño emergente al ser una pérdida real y efectiva del patrimonio del perjudicado, y no lucro cesante como la recurrente solicita ya que no se demostró una ganancia dejada de obtener. Se ha otorgado daño emergente (consistente en la depreciación sufrida), ya que se ha producido de manera irreversible un daño debido a que el valor de una vivienda constituye un bien patrimonial cuyo valor tiene implicaciones significativas como podría ser la posterior venta. Ese deterioro, por tanto, ya es un daño real que debe ser considerado como tal. Sin embargo, no se dan los requisitos del lucro cesante.

La STS 637/2018, de 19 de Noviembre de 2018²⁵ establece la indemnización por lucro cesante solicitado por el demandante por la paralización de un vehículo industrial debido a la acción de un tercero (Mapfre). Establece que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, la paralización de un vehículo industrial de forma prolongada e innecesaria, produce un quebranto económico cuando es debido a la acción de un tercero, ya que de otro modo, estaría ejerciendo con habitualidad su trabajo mediante el vehículo.

La STS 577/2013, de 26 de Septiembre de 2013 indemniza tanto por daño emergente como lucro debido a la diferencia existente entre el precio por el que se

²⁴ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 589/2007 de 31 de Mayo de 2007 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2007:3625]: “En realidad, es la recurrente quien se empeña en alterar el sentido de la resolución impugnada viendo una indemnización por lucro cesante en lo que verdaderamente es una indemnización por daño emergente constituido por la depreciación de las fincas, daño ya irremediablemente producido porque el valor en venta de una vivienda es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos”.

²⁵ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 637/2018 de 19 de Noviembre de 2018 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2018:3904]: “El recurrente habría dedicado el camión al uso al que estaba siendo destinado, siendo verosímil que en el desarrollo de esa actividad o uso dicho camión le habría producido un determinado beneficio patrimonial”.

adquirió un inmueble y el precio de mercado en el día de la presentación de esta demanda tras su intención de venderlo. Se produce un daño real cuantificable en la diferencia de precios, pero además conjuntamente se produce una ganancia dejada de obtener tras la venta.

Tras el primer breve análisis de diferentes casos, se observa como ambas figuras pueden presentarse compatibles o actuar individualmente, según las particularidades de cada situación. Presenta especial importancia la materia probatoria, advirtiendo que el lucro cesante se caracteriza por una mayor dificultad para ser otorgado por no ser un daño real. Mientras que el daño emergente suele estar respaldado por documentos contables o facturas, el lucro cesante requiere pruebas más complejas y frecuentemente periciales, ya que se basa en una proyección de ganancias que habrían ocurrido de no haberse producido el hecho dañoso. Esta diferencia probatoria es la que en muchos casos conduce a que los tribunales sólo reconozcan el daño emergente, al no haber quedado suficientemente acreditado el lucro cesante. Asimismo, la compatibilidad de ambos conceptos no debe dar lugar a una duplicidad indemnizatoria, es decir, debe evitarse compensar dos veces un mismo perjuicio bajo denominaciones distintas, conforme al principio de no enriquecimiento injusto.

III. TEORÍA DEL DAÑO EMERGENTE

1. Criterios para la determinación del daño emergente

Este apartado se refiere a los requisitos que la jurisprudencia española y la doctrina²⁶ ha ido apreciando a lo largo del tiempo, ya que no hay un artículo explícito que contenga una enumeración de ellos. A través de un análisis de diferentes sentencias que ahora se mencionaran y otras que se han estudiado anteriormente, se estudian tres criterios que ha ido apreciando la jurisprudencia y que tienen que concurrir acumulativamente para la apreciación del daño emergente:

- En primer lugar, el hecho productor del daño, es decir, el hecho real y efectivo que no puede ser meramente hipotético fundamentado en el artículo 1106 CC. Además, debe ser siempre externo a la voluntad del demandado y debe tratarse de una acción u omisión negligente o culposa imputable a quien se reclama la indemnización (capítulo II “de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, artículo 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”).
- En segundo lugar, y relacionado con el anterior, la prueba del perjuicio para después calcular su valor, por lo que debe ser susceptible de valoración económica. Como prueba comúnmente utilizada en el ámbito de derecho de daños encontramos informes periciales (STS 569/2013, 8 de Octubre de 2013 “La valoración del informe pericial realizada por el tribunal de instancia es razonable y se encuentra entre las posibles, en relación con el resto de las pruebas practicadas”).

El perjudicado es quien debe probar lo que reclama, pero en diversos supuestos, como en la STS 1825/2018 de 24 de mayo de 2018, se invierte la carga ya que en este caso, atribuye a la empresa y no a los perjudicados la carga de la prueba por considerarse parte débil de la relación. En la STS 116/2024, 31 de Enero de 2024 se invierte la carga debido al carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño.

²⁶ NAVEIRA ZARRA M.M., “La valoración del daño resarcible”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, A Coruña, 2003, pp. 597: “En efecto, una vez que se declara la responsabilidad civil de una persona que, con su conducta activa u omisiva, ha causado daño a otra, siempre que este daño cumpla los requisitos del daño resarcible, es decir, toda vez que esté conectado causalmente con la conducta realizada, sea antijurídico y sea cierto, nace a cargo del responsable la obligación de reparar el daño o perjuicio causado”.

- Por último, el nexo causal entre el hecho y el consecuente perjuicio económico. En esta línea, la STS 1516/2023 de 2 de noviembre del 2023 concluye que la existencia del defecto del producto que ocasiona daño en la salud del perjudicado ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer, y que ello impone considerar al producto como defectuoso.

Además de ellos se recogen otros subsidiarios que podrían incluirse en los tres principales, como puede ser la prohibición de enriquecimiento injusto a costa de la indemnización.²⁷

2. Valoración

Después de producido el daño y analizados los criterios que determinan efectivamente la existencia de éste, procede cuantificar el valor a indemnizar. Consistirá en una suma de dinero que según la jurisprudencia²⁸, es el resarcimiento que tenga por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento, pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado.

No existe un método tasado de cuantificación del daño emergente; como es un daño real es fácil de demostrar con medios probatorios, a diferencia del lucro cesante como luego veremos. Se realiza mediante la evaluación detallada de los gastos y pérdidas efectivamente incurridas y las pruebas más comúnmente usadas pueden ser facturas (que demuestren los gastos realizados como consecuencia del evento dañoso), la valoración de los bienes dañados comparando su estado antes y después del evento con la intervención de un perito profesional, o en casos de lesiones personales los gastos médicos

²⁷ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 913/2021 de 23 Diciembre 2021 ECLI: [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ES:TS:2021:4948]: “La jurisprudencia de esta sala viene manteniendo que la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización”.

²⁸ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 913/2021 de 23 Diciembre 2021 ECLI: [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ES:TS:2021:4948]

3. Ejemplo

Se estudia la STS 913/2021, 23 de Diciembre de 2021. Resumen de los hechos: Don Juan María, trabajador de la empresa Holcim, recibió una invitación para formar parte de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A. como consejero delegado de una de sus filiales, dejando éste su puesto en Hocim para finalmente FCC no formalizar su nombramiento. Interpone demanda contra FCC por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

Fundamentos jurídicos importantes a destacar:

1. Sobre el hecho del daño: en relación con la determinación de los montos de la indemnización que se deriva del incumplimiento contractual atribuido a FCC, es fundamental partir de un hecho fáctico y objetivo que permita calcular de manera justa el perjuicio económico sufrido. Este punto de partida es, en el caso, el valor de los ingresos, salarios o cualquier otro tipo de retribución que el demandante dejó de percibir como consecuencia de incumplimientos. El incumplimiento reprochable a la parte demandada radica en no haber llevado a cabo el nombramiento para el puesto acordado y ello incluye no sólo el salario directo que habría recibido sino también cualquier otro beneficio económico que hubiera derivado de la posición en cuestión. Al no cumplir la obligación, se debe devolver al perjudicado a su situación patrimonial en la que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento, ya que no solo no deja de percibir el salario que le correspondería, además deja de percibir aquel del puesto que dejó.

2. Sobre la prueba: el dictamen pericial de la demandada admitió la posibilidad de establecer el importe de la eventual indemnización en la cuantía de 600.000 euros, que equivale a una indemnización por despido. Por su parte, el informe pericial de la actora fijó la indemnización pretendida en 6.754.801 euros. La sentencia de primera instancia condenó a FCC al pago de una indemnización de 675.000 euros y el fundamento jurídico se basa en que la carta con la oferta contractual contenía la previsión indemnizatoria por extinción contractual debido a la voluntad de la sociedad, que se fijó en una anualidad bruta que consta como un fijo de 675.000 euros/año más un variable de hasta un máximo del 50% de la remuneración fija, en función del cumplimiento de los objetivos.

3. Sobre el nexo entre ambas: El elemento que causa el daño es la frustración de su nombramiento societario. El perjuicio son los ingresos que el actor dejó de percibir, y ello se debe a no haber sido finalmente nombrado, además de los ingresos económicos que hubiera tenido durante el tiempo que hubiera permanecido en el anterior cargo hasta que se hubiera producido su sustitución. En la indemnización derivada del incumplimiento contractual de FCC, lo que se tiene en cuenta es la frustración de expectativas que supuso para el actor no ser finalmente nombrado consejero delegado de CPV.

IV. TEORÍA DEL LUCRO CESANTE

1. Criterios para la determinación del lucro cesante

En los mismos términos que para la establecer los criterios del daño emergente, se trata de un análisis jurisprudencial haciendo hincapié en que el lucro cesante obtiene mayor relevancia doctrinal debido a su mayor dificultad probatoria.

- Hecho productor del daño ocasionado. Es la ganancia dejada de obtener consecuencia del daño en los términos del artículo 1106 CC. Debe ser siempre externo a la voluntad, por ello debe ser un hecho u omisión negligente o culposa a quien se le reclama²⁹. La STS 799/2009, 16 de Diciembre de 2009 establece un criterio determinante, imponiendo que cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción, por lo que debe ser razonadamente probable.
- Prueba perjuicio. ATIENZA LÓPEZ establece que “se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, solo le falta su real materialización [...]. Pues si el lucro cesante reclamado no es acreditado, la desestimación de la demanda resulta obligada”³⁰. La STS 799/2009, 16 de Diciembre de 2009 establece criterios determinantes al lucro cesante:
 - o Si bien es cierto que la jurisprudencia española ha adoptado un enfoque cauteloso y restrictivo respecto de la compensación de pérdidas futuras, especialmente en los casos donde las ganancias son inciertas o de naturaleza especulativa, también ha reconocido que no se debe descartar automáticamente toda indemnización en estos supuestos. De hecho, los tribunales han señalado que es posible otorgar una compensación siempre que exista una base razonable para prever que dichas ganancias habrían sido efectivamente obtenidas si no se hubiera producido el daño. Este criterio implica que, aunque las ganancias futuras pueden ser inciertas por naturaleza, es posible cuantificarlas cuando se fundamentan en una probabilidad objetiva. Por ejemplo, se puede tener en cuenta el

²⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

³⁰ ATIENZA LÓPEZ J.I., “Responsabilidad contractual: prueba del lucro cesante”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº241, 2021, pp.177.

historial de ingresos económicos del perjudicado. Así, la mera expectativa de ganancia basada únicamente en provisiones óptimas sin un fundamento real no es suficiente para justificar una indemnización.

- Dado que se trata de calcular ganancias que aún no se han materializado, resulta fundamental apoyarse en proyecciones que, aunque necesariamente prospectivas, estén basadas en criterios objetivos y verificables. Para ello, pueden apoyarse en conceptos aceptados en el ámbito económico entre otros. Por ejemplo, las previsiones de crecimiento del sector. De esta manera, aunque el cálculo de beneficios futuros implica siempre un grado de incertidumbre, puede ser gestionada utilizando criterios objetivos que permitan aproximarse de manera más efectiva al perjuicio causado del incumplimiento.
- Al momento de reclamar una indemnización por beneficios futuros, es fundamental que la parte demandante asuma la responsabilidad de presentar pruebas para fundamentar su reclamación y permitir una estimación razonable del lucro que habría obtenido. Para ello se espera que el demandante presente evidencia que refleje tanto la situación económica existente al tiempo de interponer demanda como las expectativas razonables de ganancias futuras. Debe incluir condiciones económicas del sector y las particularidades del negocio concreto.

La revista CEF “Responsabilidad contractual: prueba del lucro cesante”, recuerda que el hecho de reclamar judicialmente determinadas cantidades dimanantes de un contrato, a partir de un presunto incumplimiento contractual, necesita de la concurrencia de unos requisitos que han sido elaborados jurisprudencialmente, y de entre ellos destaca la prueba de los daños³¹.

³¹ ORTEGA GIMÉNEZ A., GONZALO DOMENECH J.J., Y BONMATÍ SÁNCHEZ J., “La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, nº 241, 2021, pp. 180: “El reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado a la justificación de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado”.

- Nexo causal hecho y perjuicio: destaca la STS 727/2003, 14 de Julio de 2003 cuando establece que “las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico”.

2. Valoración

Una vez determinado que existe y que se encuentra probado el lucro cesante, para su valoración se tendrán en cuenta factores:

- A pesar de que se trata de una hipótesis, se tendrá en cuenta la probabilidad más o menos intensa según criterios de experiencia para atender a lo que habría sucedido normalmente. Es por ello que cuando es una probabilidad dudosa, no se aprecia lucro cesante, lo que no excluye aquella pérdida económica que razonablemente pueda ocurrir. Para ello se tendrá en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (STS 913/2021, 23 de Diciembre de 2021; en los mismos términos la STS 799/2009, 16 de Diciembre de 2009). ESTÉBANEZ IZQUIERDO, en la misma línea dice “sobre los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria, para atender a su valoración, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia”.³²
- Se estará a criterios como los del mundo financiero para superar estándares. Ejemplo de ello es la STS 913/2021, 23 de Diciembre de 2021 cuando el juez establece que “supera el estándar probatorio exigido por esta sala, pues [...] como lucro cesante, en función de las retribuciones que el actor venía percibiendo por su trabajo en el grupo Holcim, encaja en la noción de "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir".

³² ESTÉBANEZ IZQUIERDO J.M., “Apuntes civiles sobre el lucro cesante”, *Revista de Derecho vLex*, nº 222, 2022.

Apunte importante es señalar, como afirma la sentencia de 5 de noviembre de 1998, que el lucro cesante tiene una significación económica ya que trata de obtener la reparación de ganancias dejadas de percibir. Sin embargo, concepto distinto es el de los daños morales que se refiere a aquel daño que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico que pueden desencadenar ciertas conductas. Naturalmente, el daño moral no afecta por igual a todas las personas, por ello la personalidad y condiciones de cada persona influye tanto en la apreciación de la existencia de daño moral como en su cuantificación. En esta línea hay que tener en cuenta que la indemnización no repara el daño moral sufrido, como lo haría con un daño patrimonial, pues el daño puede continuar a pesar de la indemnización que no trata más que compensar un daño difícilmente resarcible. De esta forma, la indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebrantamiento patrimonial sufrido por el perjudicado.³³

Juristas como PARRA LUCÁN evidencian la evolución del concepto de lucro cesante en base a que “frente a una tradición muy restrictiva, existe una tendencia jurisprudencial cada vez más consolidada a reconocer la indemnización del lucro cesante. Las decisiones de los tribunales contribuyen a interpretar el alcance del art. 1106 CC y su proyección en la responsabilidad extracontractual, como manifestación del principio de reparación íntegra del daño. Para el lucro cesante, la certeza del daño debe sustituirse por un juicio jurídico de probabilidad objetiva de que las ganancias se hubieran producido atendiendo al curso normal de las cosas y a las circunstancias especiales del caso concreto. Además, la exigencia de prueba no excluye que, para su cuantificación, se recurra a cálculos estimativos”³⁴.

3. Ejemplo

Se analiza brevemente la STS 553/2005, 7 de Julio de 2005 en lo relativo al lucro cesante. En este caso, Don Ángel (Director de orquesta) formula demanda contra la Orquesta Ciudad de León "Odón Alonso", contra don Ramón y contra don Carlos Alberto (Presidente y Secretario de la Orquesta) para decretar la nulidad del acuerdo adoptado por éstos en el que se impuso sanción al demandante con suspensión de sus funciones durante ocho meses. Reclama daños materiales y morales.

³³ LARA M., *Indemnización de los daños morales*, Tirant, 2024.

³⁴ PARRA LUCÁN M.A., “La indemnización del lucro cesante” en *Revista de Derecho Privado*, nº 103, 2019, pp.75 y ss.

Ángel percibía ciertas cantidades de dinero por su participación en los ensayos y conciertos de la orquesta, y estas retribuciones no se consideraban estrictamente compensatorias de gastos como reclamaban los demandados, sino que representaban una pérdida económica real al ser excluido de las actividades de la asociación. En los fundamentos de derecho de la mencionada sentencia, se ha reiterado que tanto el lucro cesante como el daño emergente deben ser probados de manera precisa para determinar la indemnización. En este contexto, se excluyen las simples expectativas que no pueden ser demostradas con un grado razonable de certeza, siguiendo la línea de la Sentencia de 30 de noviembre de 1993 que adoptó un enfoque restrictivo respecto a la estimación. El Tribunal Supremo reconoce que la expulsión de Ángel le privó de percibir esas cantidades durante el periodo en cuestión, constituyendo así un lucro cesante cierto y acreditado.

Además, dice, no se trata únicamente de probar la magnitud del beneficio dejado de percibir, sino también de establecer con claridad el nexo causal que conecta el hecho dañoso con dicha pérdida económica. En la sentencia, resulta probado que, por la asistencia a los ensayos de la orquesta, la Asociación demandada entregaba a los componentes una determinada cantidad, por lo tanto la expulsión del actor de la Asociación y su destitución de su cargo de director le privó de percibir esas cantidades, y no solo por los ensayos que habrían de celebrarse antes del procedimiento judicial, también durante su duración, ya que si el hecho perjudicial continúa en el tiempo, debe resarcirse hasta que desaparezca. Así, se produjo así una pérdida, no hipotética, sino cierta y acreditada.

V. ESTUDIO DE LA STS N° 569/2013

En este apartado se tendrá en cuenta todo lo estudiado hasta ahora para poner en práctica las nociones en un ejemplo real. Se trata de una sentencia completa que permite concluir este trabajo con una visión más realista centrada en la aplicación de ambas teorías a un supuesto de incumplimiento contractual.

La demanda trata sobre una relación contractual entre la demandante “Comercial Dimac, SL.”, distribuidora en exclusiva de productos para peces y acuarios de “Sera GmbH”, la demandada. Fue finalizada unilateralmente por Sera a través de una carta de 29 de mayo de 2008 sin ningún tipo de preaviso y, como consecuencia, Dimac presentó una demanda solicitando que Sera pagara como indemnización 826.172,114 euros. A lo largo de los años previos a esta terminación, el volumen de ventas de Dimac experimentó una marcada pérdida, superando los 140.000 euros de disminución.

5.1. Determinación

El daño emergente y el lucro cesante son dos conceptos fundamentales del concepto general de daño indemnizable en el derecho de daños del ámbito civil. Son fundamentales para comprender cómo se calculan y compensan las pérdidas económicas sufridas por las partes en situaciones de incumplimiento, en este caso, sobre cómo se abordan estos conceptos en el contexto de resolución unilateral de contrato.

En primer lugar, parece razonable que la empresa resuelva el contrato frente a una bajada considerable de la facturación, pero lo que no parece razonable es la falta de preaviso, que tiene como único fin permitir a la otra parte (distribuidora) reorientar su actividad. Supone una infracción a los deberes de lealtad y buena fe contractual y no concurre ninguna circunstancia que justifique su omisión. Para entender si ha sido un daño leve o moderado, atendemos al tiempo de preaviso que hubiera sido necesario en este caso. A falta de una regulación expresa del contrato de distribución en el Código Civil, lo que hace el juez es aplicar analógicamente la Ley de Contrato de Agencia, en concreto el artículo 25, atendiendo a la larga duración del contrato (20 años), que establece la obligación de avisar con un plazo mínimo de 6 meses.

En segundo lugar, los daños sufridos por resolver unilateralmente el contrato sin ese preaviso, no se basan únicamente en el daño emergente (como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución), sino que pueden extenderse también al concepto de lucro cesante (las ganancias dejadas de obtener y que eran razonablemente

esperadas durante el periodo que habría durado el preaviso omitido, en atención a las que con habitualidad se generaban durante esos 20 años). Sin embargo, la sentencia de instancia desestimó el daño emergente considerando que el daño efectivo no se consideró acreditado; además la Audiencia Provincial tras el recurso de apelación solicitado, confirmó la resolución de primera instancia. Finalmente el TS consideró la indemnización únicamente por lucro cesante y no por daño emergente por lo tanto, el artículo 1106 del CC no es un artículo de aplicación automática como se refleja en este artículo; caben diferentes visiones sobre su aplicación respecto de uno o ambos conceptos.

Así, el daño emergente quedaría afectado en las inversiones realizadas derivadas del contrato y que quedan frustradas por su resolución pero que al no ser probado se rechaza, y el lucro cesante en las ganancias dejadas de obtener durante los 6 meses de preaviso, que en última instancia sí queda acreditado.

Atendiendo a este caso es posible observar las diferencias y similitudes que existen entre las dos figuras: en relación al daño real y efectivo del daño emergente (las inversiones realizadas con motivo del contrato aunque no se hayan podido demostrar) y el daño potencial del lucro cesante (ganancias dejadas de obtener que son expectativas); y en el ámbito de la prueba y la dificultad de demostrar el lucro cesante que en muchos casos (como en la primera instancia y en apelación resulta rechazado), aunque en este caso sea el rechazado el daño emergente, pero no por su dificultad de prueba, por su imposibilidad de demostrarlo aquí concretamente. Es un caso en el que sólo se aplica una de las figuras, pero en caso de poder haberse demostrado el daño emergente, seguramente serían de aplicación las dos.

5.2. Ámbito

En atención a los distintos ámbitos que al principio del trabajo se estudian, este supuesto se encuentra dentro del ámbito contractual ya que el perjuicio es a consecuencia de un incumplimiento de uno de los requisitos de las relaciones contractuales, como es la falta de preaviso. No se trata de responsabilidad extracontractual al existir una relación preexistente entre las partes regulada por normas contractuales. Además, también se trata de un daño exclusivamente patrimonial ya que se refiere a las pérdidas económicas sufridas por la distribuidora. El daño no patrimonial o moral no suele ser aplicable a estos casos ya que el perjuicio se centra en el impacto financiero para la empresa, y los daños morales en contextos comerciales son poco

frecuentes requiriendo una justificación muy específica generalmente relacionada con el daño a la reputación o a la marca.

5.3. Requisitos

El fundamento del daño emergente y el lucro cesante queda acreditado por la necesidad de restaurar el patrimonio como viene manteniendo la jurisprudencia, atendiendo a los límites del enriquecimiento arbitrario.

En la misma línea, supone la necesidad de establecer mecanismos adecuados para calcular el daño sufrido y garantizar una compensación justa para quienes ven afectados sus intereses económicos, en este caso, por decisiones unilaterales sin el debido preaviso. Para calcular el daño efectivamente sufrido atendiendo a estas garantías, primero será necesario atender a los requisitos que deben darse para proceder a su reclamación, que anteriormente han sido estudiados a la luz de la jurisprudencia sobre este ámbito:

- Respecto del daño emergente, el primero de los requisitos es la existencia del hecho objetivo, que “serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato”; en segundo lugar sería necesario una debida acreditación mediante la prueba, momento en el que se rechaza por falta de ésta. Ejemplo de que en caso de faltar uno de los requisitos, se considera desestimada la concesión de la indemnización por ello.

Respecto del lucro cesante, los mismos requisitos: primero el hecho objeto de demanda, que como se establece en ésta, “la demanda solicita como lucro cesante el beneficio que dejó de obtener el distribuidor durante los seis meses de duración del contrato que hubiera tenido de haberse respetado el plazo de preaviso”; segundo la prueba (“cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia”), que según establece la sentencia, sería lógico pensar que si hubiera existido el preaviso la distribuidora podría haber continuado con las ventas durante esos 6 meses mientras reorientaba su actividad y obtener el beneficio que solía conseguir; y por último el nexo entre el hecho dañoso y el perjuicio, que queda acreditado cuando el juez establece que “un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o

inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho”. Se recalca en la sentencia lo que se viene analizando durante el trabajo respecto del lucro cesante, que es que la ganancia tenga una razonable expectativa de que se hubiera obtenido y no una mera suposición de que podría haberla obtenido.

Será el perjudicado el que deba probar los hechos objeto del caso, como así se establece en la sentencia cuando dice que, si pretende obtener una compensación por clientela, no puede obedecer a criterios de automatismo; debe probar el demandante la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente. Así se ha mantenido en diversas sentencias que se mencionan en la propia analizada, como la Sentencia 239/2010 de 30 de abril. En este caso, se desestima la compensación por clientela al no considerar acreditado los clientes concretos que formarían parte del activo común. No existe en este caso una parte débil o un riesgo extraordinario para que se invierta la carga de prueba, aquí debe ser el demandado el que pruebe perjuicios.

5.4. Cálculo

Es una forma verosímil acudir al beneficio medio mensual durante los últimos 5 años de contrato y proyectarlo a los 6 meses posteriores al preaviso. Es una forma, pero no la única, razonable de calcular el lucro cesante. Para ello requiere el informe de un perito que identifique el beneficio obtenido (calculado con la diferencia entre el importe de las ventas y el de las compras). Concluye con que el beneficio neto durante los últimos 5 años fue del 11,51%, que proyectado sobre el importe total de ventas en esos cinco años son 5.685.884, 24 euros, que finalmente calculado a la parte proporcional de 6 meses el beneficio dejado de obtener son 65.444,52 euros (más los intereses legales desde la interpelación judicial).

5.5. Conclusión

Es un caso de daños, no por la resolución del contrato que se consideraría legítima y razonable debido a la disminución significativa de la facturación del distribuidor si se hubiera cumplido con la cláusula del preaviso, se considera daño resarcible porque se ha hecho eludiendo los deberes de buena fe inherentes a relaciones contractuales. El preaviso tiene como fin garantizar la reordenación de la actividad de la parte que se ve perjudicada por la resolución. En caso de haberlo hecho, no supondría un daño resarcible porque no se dan las condiciones para ello si se hace de forma legítima. Más

aún cuando se trata de un contrato de tan larga duración como es el caso, que han estado relacionados por una relación contractual durante 20 años.

También destacar que el trabajo se centra en las dos figuras de los daños resarcibles, pero adquiere mayor importancia por su dificultad el lucro cesante, y así se refleja en esta sentencia al momento de determinarlo y cuantificar. La jurisprudencia establece la cuantificación del lucro en un cálculo razonable atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto infringidas por el incumplimiento, por eso este alto tribunal consideró criterios económicos y financieros junto con criterios objetivos de experiencia que operan en el mundo contable, de acuerdo a la ponderación y examen de las circunstancias de cada asunto.

CONCLUSIÓN

Ambas figuras no implican solo una dimensión económica, sino también una profunda connotación jurídica pues permite colocar al afectado en la situación en la que se encontraría de no haberse producido el daño pero garantizando el no enriquecimiento injusto para evitar una ganancia que supere el daño. Esta finalidad solo puede entenderse si se aplican correctamente los principios del derecho de daños y si se evalúan en la realidad de cada caso concreto.

La jurisprudencia ha aportado importantes criterios para delimitar estos conceptos, ya que no existe un artículo que lo haga de forma explícita, estableciendo que su acreditación debe sustentarse en pruebas sólidas y razonables, en el caso del lucro cesante sin llegar a exigir una certeza absoluta, únicamente una razonable probabilidad. Igualmente ha establecido precedentes que interpretan y adaptan la normativa a casos concretos, generando así una evolución dinámica del Derecho.

Asimismo, resulta evidente que la aplicación práctica de estas teorías plantea desafíos importantes, uno de ellos es la cuantificación de los daños lo cual exige criterios técnicos como el peritaje, y una valoración adecuada del contexto en que ocurrió el perjuicio económico. Uno de los principales aportes de este trabajo ha sido analizar la jurisprudencia y con ello los requisitos exigidos para admitir una reclamación por estos conceptos ya que sin la concurrencia de estos elementos, como se ha visto en la sentencia analizada en el apartado cinco, no es posible admitir la reparación del daño. También tener en cuenta el estudio comparados entre daño emergente y lucro cesante, ya que si bien ambos pueden coexistir en un mismo supuesto, su naturaleza jurídica y sus exigencias probatorias difieren sustancialmente.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA LÓPEZ J.I., “Responsabilidad contractual: prueba del lucro cesante”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº241, 2021.

DIEZ-PICAZO L., y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, Tecnos, 2018.

ESTÉBANEZ IZQUIERDO J.M., “Apuntes civiles sobre el lucro cesante”, *Revista de Derecho vLex*, nº 222, 2022.

FAYOS GARDÓ, A., *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2020.

GÁZQUEZ SERRANO L., “El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿nuevos daños? análisis jurisprudencia”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, nº 46, 2017.

Iberley, “Responsabilidad contractual y extracontractual”, 2020. Accesible en web: <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139>

La Ley, “Indemnización de daños y perjuicios (Derecho civil)”. Accesible en web: https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PMW7DMAx8TbUUKJx0yqDFdocMLYpWCLLSEusIdchUpNzo95HjcOHd4Xgk_zKm4vCqNsBTbpqfDcvzmRNMKEYKMZWzdSmjURjENga8Zph69na74Dijg6HqnAKmtlQkJ7_gDmOoJGphbTOxxDs27FZarPdve7MjEmqwR7iiKRoQCRKx6SJp331Dsy_ru9W3ZUL2ndUWOkX0IjLLOtkt59QyZ6ij_wCcrk-5Dar1vxB6fvOjZ9q70Gxq-9ReFx2A2iPPPoDAQAAWKE

LAGARES ABOGADOS, “Lucro cesante y daño emergente según el Código Civil”, 2022. Accesible en web: <https://lagares-abogados.com/lagares-actualidad/lucro-cesante-y-dano-emergente-segun-el-codigo-civil/>

LARA M., *Indemnización de los daños morales*, Tirant, 2024.

LÓPEZ MAS, P. J., *El lucro cesante: Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dykinson, Madrid, 2021.

MORALES MORENO A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

NAVEIRA ZARRA M.M., *El Resarcimiento Del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, A Coruña, 2004. [Tesis doctoral, Universidade da Coruña].

NAVEIRA ZARRA M.M., “La valoración del daño resarcible”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, A Coruña, 2003.

ORTEGA GIMÉNEZ A., GONZALO DOMENECH J.J., Y BONMATÍ SÁNCHEZ J., “La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, nº 241, 2021.

OSCAR ROSSI J., “Daño extrapatrimonial individual y colectivo en los procesos de consumo”, *Revista UCALP*, nº 8, 2023. Recuperado a partir de <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/article/view/304>

PARRA LUCÁN M.A., “La indemnización del lucro cesante” en *Revista de Derecho Privado*, nº 103, 2019.

PENA LÓPEZ J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 3-4, 2004.

POZUELO PÉREZ L., “La reparación del daño al medio ambiente”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 191, 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “daño emergente”. Accesible en web: <https://dpej.rae.es/lema/da%C3%B1o-emergente>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “lucro cesante”. Accesible en web: <https://dpej.rae.es/lema/lucro-cesante>

VICENTE DOMINGO E., *El lucro cesante*, Reus, Burgos, 2014.

RODRIGUEZ GUITÁN A. M., *La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual*, Dykinson, 2007.

SERRANO GARCÍA, J.A., y BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de derecho civil: Obligaciones y contratos*, Kronos, Zaragoza, 2024.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 416/1992 de 28 de abril de 1992 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1992:3467]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 17968/1993 de 30 de noviembre de 1993 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1993:17968]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 1009/1998 5 de noviembre de 1998 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:1998:6486]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 553/2005 de 7 de julio de 2005 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2005:4582]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 601/2005 de 13 de julio de 2005 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2005:4759]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 589/2007 de 31 de Mayo de 2007 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2007:3625]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 799/2009 de 16 de diciembre de 2009 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2009:8154]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 569/2013 de 8 de octubre de 2013 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2013:4938]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 247/2015 de 5 de mayo de 2015 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2015:1730]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 637/2018 de 19 de Noviembre de 2018 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2018:3904]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 913/2021 de 23 Diciembre 2021 ECLI: [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ES:TS:2021:4948]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 1516/2023 de 2 de noviembre de 2023 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2023:4609]

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 116/2024 de 31 de enero de 2024 [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ; ECLI:ES:TS:2024:364]